

Fabiana Pacheco de Souza SILVA<sup>1</sup>  
Beatriz Souza COSTA<sup>2</sup>

Journal Law  
n. 23 p. 233-251  
jul 2015-jan 2016

# CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E DESRESPEITO A PRINCÍPIOS AMBIENTAIS NA SOCIEDADE DE RISCO: APONTAMENTOS AO RECURSO ESPECIAL Nº 1.245.149/MS

CONSTRUCTION IN PERMANENT PRESERVATION AREA AND DISREGARD THE ENVIRONMENTAL PRINCIPLES IN THE RISK SOCIETY: NOTES TO THE SPECIAL APPEAL Nº 1.245.149/MS

CONSTRUCCIÓN EN PERMANENTE DE PRESERVACION DE ÁREA Y PRINCIPIOS EN LA INFRACCIÓN DE MEDIO AMBIENTE EMPRESA DE RIESGO: NOTAS AL ESPECIAL N º 1245149 / MS

## SUMÁRIO:

Introdução; 1. Áreas de preservação permanente: Definições e apontamentos do caso contencioso; 1.1. Áreas de preservação permanente; 1.2 Apontamentos do acórdão sobre a construção em áreas de preservação permanente; 2. Direito de propriedade e limitações nas áreas de preservação permanente: Atenção aos princípios ambientais e constitucionais; 3. Sociedade de risco e afronta às áreas de preservação permanentes; Considerações finais; Referências.

## RESUMO:

Este artigo analisou o Acórdão proferido em 09 de outubro de 2012, publicado no mês de julho de 2013, no julgamento de Recurso Especial n. 1.245.149/MS, de relatoria do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Herman Benjamin. O objetivo do trabalho se deu

Como citar este artigo:  
SILVA, Fabiana.  
COSTA, Beatriz.  
Construção em  
área de preservação  
permanente e  
desrespeito a  
princípios ambientais  
na sociedade de  
risco: apontamentos  
ao recurso especial  
nº 1.245.149/MS.  
Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho – PR,  
Brasil, n. 23. p. 233-251.

Data da submissão:  
25/07/2015  
Data da aprovação:  
03/01/2016

1 Escola Superior Dom  
Helder Câmara

2 Escola Superior Dom  
Helder Câmara

pela verificação da tendência de uso e gozo, não mais de maneira absoluta, do direito de propriedade, considerando a evolução dos mesmos em prol da função social e do ajuste à proteção ambiental, respeitando as áreas de proteção permanente ciliar, com consequente respeito à fauna e flora do meio ambiente natural brasileiro e, também, aplicando os princípios da precaução e prevenção, uma vez que o Estado vive tempos caracterizados pela inserção em uma sociedade de risco. O documento analisado, qual seja, o Recurso Especial n. 1.245.149/MS, confirmou a nulidade de ofício no que tange à licença ambiental concedida pelo órgão ambiental IMASUL para construção de casas de veraneio em área de preservação permanente no estado do Mato Grosso do Sul. Para êxito do presente estudo, utilizou-se o método dedutivo na análise de doutrinas, artigos científicos e jurisprudência.

#### **ABSTRACT:**

This paper analyzed the judgment delivered on 9 October 2012 and published in July 2013, in special appeal judgment no. 1245149 / MS reported by minister of Higher Court of Justice Herman Benjamin. The objective was due to the verification of the use and enjoyment trend, not absolutely, the right to property, considering the evolution thereof, for social function and adjustment to environmental protection, respecting the areas of riparian permanent protection, with consequent respect for the fauna and flora of the middle Brazilian natural environment and also applying the principles of precaution and prevention, since the state is experiencing times characterized by inclusion in a risk society. The document analyzed, namely, the special appeal n. 1245149 / ms confirmed the craft of nullity, regarding the environmental permit granted by the environmental agency IMASUL to build summer houses in permanent preservation area in Mato Grosso do Sul. To succeed in this study, we used the deductive method in the analysis of doctrines, jurisprudence and scientific articles.

#### **RESUMEN:**

En este trabajo se analizó la sentencia dictada el 9 de octubre de 2012 y publicado en julio de 2013, en el juicio recurso especial 1,245,149 n / ms reportados por el ministro del superior tribunal de justicia herman

benjamin la meta. El trabajo se debió a la verificación del uso y disfrute de tendencia, no del todo, el derecho a la propiedad, teniendo en cuenta la evolución de la misma, para la función social y el ajuste a la protección del medio ambiente, respetando las áreas de protección permanente de ribera, con el consiguiente respeto por la fauna y la flora del entorno natural brasileña media y también la aplicación de los principios de precaución y prevención, ya que está tiempos caracterizados por la inclusión en una sociedad del riesgo de experimentar. El documento analiza el estado, a saber, el recurso especial no. 1245149 / ms confirmó el oficio de la nulidad, en relación con la licencia ambiental otorgada por el imasul agencia ambiental para la construcción de área de preservación permanente en casas de verano en mato grosso do sul. Para tener éxito en este estudio, se utilizó el método deductivo en el análisis de las doctrinas, trabajos de investigación y la jurisprudencia.

#### **PALAVRAS-CHAVE:**

Área de preservação ambiental – licença ambiental – princípio da precaução – teoria do risco – direito de propriedade.

#### **KEYWORDS:**

Environmentally protected area - environmental permit - the precautionary principle - risk theory - property rights.

#### **PALABRAS CLAVE:**

Area ambiental conservación ; permiso ambiental ; el principio de precaución ; la teoría del riesgo ; derechos de propiedad.

---

#### **INTRODUÇÃO**

Tratar do cuidado ao meio ambiente natural em território brasileiro não é tarefa fácil. Estado mergulhado em vastidão de recursos naturais inesgotáveis, como se acreditava até bem pouco tempo, torna o trabalho ainda mais tortuoso.

Com o intuito de facilitar a tutela, cuidou o legislador constituinte de proteger o meio ambiente na Carta Constitucional de 1988, em capítulo próprio. Porém, a despeito disso, a proteção e o tratamento constitucional

do tema se espalha de forma ampla no texto, além de fazer parte de extensa legislação infraconstitucional.

O presente trabalho tem o escopo de analisar, na seara de proteção ao meio ambiente natural, o Acórdão proferido em 09 de outubro de 2012, no julgamento do Recurso Especial n. 1.245.149/MS, em que o Relator, Ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, trata especificamente da edificação irregular de casas de veraneio em área de preservação permanente – APP ciliar ou ripária. Tendo por justificativa do Recorrido, Eraldo Jorge Leite, licença ambiental concedida pelo órgão estadual IMASUL, a construção das casas, em APP, é afronta ao texto constitucional, ao Código Florestal (em suas duas publicações) de 1965 e 2012, como também à Lei 6.766/79, de Parcelamento do Solo Urbano, e à Lei 6.938/81, além de outras legislações as quais tratar-se-á em momento oportuno.

O estudo está justificado pela necessidade de demonstrar o porquê da proteção das áreas de preservação permanente ciliar, atendendo ao princípio da precaução e prevenção, bem como afastar a aplicação do direito absoluto de propriedade, cabendo a esta exercer a função social delimitada na Constituição da República. Assim, é possível afastar a busca do lucro a qualquer preço, característica da sociedade de risco, em detrimento do cuidado para com o meio ambiente para as futuras gerações, uma vez que a construção em área de preservação permanente tratada no acórdão envolvendo cinquenta e quatro casas, bar e restaurante está ligada a empreendimento imobiliário, em extensão de quase um quilômetro e meio de ocupação à margem esquerda do Rio Ivinhema.

## **1. ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE: DEFINIÇÕES E APONTAMENTOS DO CASO CONTENCIOSO**

Para tratar de áreas de preservação permanente no Brasil, é preciso que seja definida a mesma de acordo com a previsão constitucional de 1988, mais precisamente em conveniência ao artigo 225 do texto legal supracitado. Para tanto, passa-se, desde então, às definições dessas áreas e da aplicação de tais definições no caso estudado, o Acórdão proferido em 09 de outubro de 2012 no julgamento do Recurso Especial n. 1.245.149/MS, sob a perspectiva do Relator, Ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça.

### 1.1 Áreas de preservação permanente

O artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, em seu §1º, inciso I, ao dispor que “para assegurar a efetividade” do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é necessário “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas”. Desta feita, abarcou de maneira ampla e generalizada, a proteção da fauna e flora. Teve o cuidado o legislador de definir qual seria o alcance da proteção desejada e proibiu, de maneira expressa, atividades capazes de interferência no equilíbrio ambiental, quer de maneira efetiva ou mesmo potencial.

Mesmo antes da Constituição de 1988, o legislador infraconstitucional já cuidara de proteger áreas específicas do meio ambiente natural brasileiro. O Código Florestal de 1965, Lei 4.771, que foi recepcionado em sua integralidade pela constituição brasileira vigente, mesmo tão anterior à mesma, já previa o cuidado e impôs limites de extensão visando à proteção da vegetação. Seria, segundo PADILHA (2010), o “limite mínimo necessário para o cumprimento de sua finalidade ecológica, criando instrumentos diretamente correlacionados com o implemento daquilo que, após a Constituição Federal de 1988, passou a denominar de função socioambiental da propriedade”. Entre as áreas de máxima proteção estão as de preservação permanente – APP e, entre elas, com maior cuidado, as chamadas áreas de preservação permanentes ripárias ou ciliares.

O Código Florestal fez, em seu texto, previsão de dois diferentes gêneros de APPs, sendo tuteladas pelos artigos 2º e 3º do texto legal. Além disso, importa, para o presente estudo, conceito disposto no artigo 1º, §2º, inciso II, da Lei de 1965 e no artigo 3º, inciso II, da Lei de 2012.

Entende-se, então, por área de preservação permanente, no Novo Código Florestal de 2012, *in verbis*:

#### Art. 3º

II – Área de Preservação Permanente – APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilita o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das po-

pulações humanas; [...] (BRASIL, 2012).

Segundo o disposto na mesma Lei 12.651/2012, além de seu artigo 3º, o artigo 4º ainda trata, em capítulo próprio, especificamente de áreas de preservação permanente, sobre os espaços territoriais especialmente protegidos que são “as faixas marginais de qualquer curso d’água natural perene ou intermitente”; são essas áreas, às bordas das calhas dos rios, denominadas de matas ciliares ou ripárias. Por sua vez, elas são responsáveis pela proteção dos rios, além de reservatórios de assoreamentos. Evitam, também, transformações negativas nos leitos e, por conseguinte, garantem o abastecimento dos lençóis freáticos e preservam a vida aquática.

O Ministro Herman Benjamin, ao tratar do Acórdão 1.245.149/MS, baseia sua leitura na técnica hermenêutica do diálogo das fontes, em que o Ministro afirma ser o desafio do direito aplicar as suas fontes de maneira interlocutória, justa para resolver situações controversas. Assim, ao julgar o caso em comento, viu a necessidade de dialogar entre o Código Florestal de 1965 e o de 2012.

Depois da leitura dos dois códigos, entende, ainda, Benjamin restar confirmada na íntegra, aquela que chamou de “espinha dorsal” de salvaguarda da flora – a área de preservação permanente e a reserva legal.

## 1.2 Apontamentos do acórdão sobre a construção em áreas de preservação permanente

A decisão que se comenta no trabalho aqui apresentado se refere à construção de casas em área de preservação permanente no estado do Mato Grosso do Sul, em mata ciliar, às margens do Rio Ivinhema. Originalmente, foi tratada em Ação Civil Pública proposta pelo representante do Ministério Público do referido estado contra os proprietários das supracitadas casas e contra os proprietários de estabelecimentos públicos (bar e restaurante) construídos em mesma área.

Ocorre que, com a construção, o Rio Ivinhema, curso d’água que possui mais de duzentos metros de largura, perdeu a mata ciliar – proteção necessária ao meio ambiente e à biodiversidade. Tal fato acabou por ser causador determinante de dano ambiental grave.

Na ação originária, pediu-se a desocupação da APP, bem como a

derrubada das construções e o reflorestamento da região ocupada, já que a regeneração ambiental, nesse caso, era quase impossível.

Em recurso anterior, informou o Recorrido (naquele íterim Recorrente) o fato de as construções em área de preservação ambiental terem ocorrido depois de licença ambiental emitida por órgão competente do estado, o Instituto do Meio Ambiente do Mato Grosso do Sul – IMASUL.

Apesar de a justificativa basear-se em licença ambiental e ter a sentença monocrática sido reformada pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, há que se considerar os termos do Acórdão dado por aquele Tribunal, ensejando discussão fundada em doutrina e legislação vigente.

Excerto do Acórdão do TJMS preleciona que:

A situação já consolidada de ocupação da área de preservação permanente não atenta contra a ordem jurídica, eis que respaldada em autorização da ordem competente, motivo pelo qual descabe a adoção das severas medidas de desocupação, demolição ou remoção das edificações e reflorestamento da área, uma vez que fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ora, no que tange às áreas de preservação permanente ripárias, é necessário estudar o que diz MACHADO (2010) quando afirma que, nesse espaço territorial, “a floresta ou a vegetação devem estar presentes”. Segundo o autor, se não estiver nesse território, deverá ser implantada. Tal ideia estaria direcionada também ao solo e não apenas à vegetação e à fauna. A vocação do solo permanece mesmo que as espécies forem retiradas de lá.

Não seria uma licença ou autorização emitida por órgão competente que viria retirar a chancela de objeto de preservação de uma APP. Tal preservação não ocorre por elas mesmas, mas por terem funções protetoras da biodiversidade, das águas, da paisagem e do bem-estar do ser humano.

Ademais, as construções em APPs têm por antecedente a supressão de vegetação, o que só pode ser justificado em casos de utilidade pública, baixo impacto ou interesse social. A regra é ausência de exploração econômica em área de preservação permanente.

A APP ciliar, segundo Herman Benjamin, foi colocada “no ápice do complexo e numeroso panteão dos espaços protegidos, ao prevê-la na for-

ma de superfície intocável, elemento cardeal e estruturante no esquema maior do meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

Discussão ainda suscitada no documento analisado implica em diversidade biológica, alvo de proteção nas áreas de preservação permanente ripária. O Relator trata tal área como superfície *non aedificandi*, o que a justifica como indisponível para desmatamento, ocupação humana ou exploração econômica direta, como dito alhures.

## **2. DIREITO DE PROPRIEDADE E LIMITAÇÕES NAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE: ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS AMBIENTAIS E CONSTITUCIONAIS**

Não é novidade a atuação antrópica no meio ambiente de forma a produzir nele degradação. Impactos negativos em diversos biomas são provocados pelo próprio homem.

O Acórdão apresentado neste trabalho traz a constatação do ônus que vem sofrendo a natureza pela falta de preocupação do homem às consequências prejudiciais de sua interferência para as presentes e futuras gerações.

De acordo com o Ministro Herman Benjamin:

[...] no cerne do modelo legal de proteção do meio ambiente, o que se cuida mesmo é de ignorar ou apagar arraigados costumes e práticas tidos por inseparáveis da nossa condição, ou seja, a máxima de que, para o ser humano sobreviva e prospere, forçoso abater ou perverter o natural.

É necessário interpretar a afirmativa entendendo o motivo pelo qual, desde a Constituição de 1988, retomando a anterior Lei de Uso e Parcelamento do Solo e a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, o legislador procurou proteger da maneira expressa o meio ambiente da ação do degradador.

A Ementa do Recurso Especial analisado confirma as legislações pertinentes utilizadas para dar fundamento às questões desenvolvidas. Assim:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL



PÚBLICA. OCUPAÇÃO E EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. CASAS DE VERANEIO (“RANCHOS”). LEIS [4.771/65](#) (CÓDIGO FLORESTAL DE 1965), [6.766/79](#) (LEI DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO) E [6.938/81](#) ([LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE](#)). DESMEMBRAMENTO E LOTEAMENTO IRREGULAR. VEGETAÇÃO CILIAR OU RIPÁRIA. CORREDORES ECOLÓGICOS. RIO IVINHEMA. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. NULIDADE DA AUTORIZAÇÃO OU LICENÇA AMBIENTAL. SILÊNCIO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA, NO DIREITO BRASILEIRO, DE AUTORIZAÇÃO OU LICENÇA AMBIENTAL TÁCITA. PRINCÍPIO DA LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE OFÍCIO DE LICENÇA E DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUCTA. VIOLAÇÃO DO ART. [535](#) DO [CPC](#). PRECEDENTES DO STJ. (BRASIL, STJ, 2012).

No que tange o direito de propriedade, envolvendo neste o direito de construir, importa salientar a sucumbência deste último em áreas protegidas, tais quais as APPs ciliares, por priorizar a necessidade de garantia da perpetuação dessas áreas, principalmente por motivos que visam à manutenção do equilíbrio ecológico. A importância prática está estreitamente ligada à qualidade de vida das populações.

Não se pode olvidar do que está disposto no artigo 170 da Constituição da República, tratando de ordem econômica, antecedido pelo artigo 5º, inciso XXII. Este último afirma ser garantia constitucional o direito de propriedade, mas não afasta os princípios da função social da propriedade, reforçado no artigo 170, que em seu inciso VI, preleciona como fundamental a uma vida digna a defesa do meio ambiente.

Não quis o legislador afastar o direito de propriedade, apenas tratou, com prioridade, da ponderação de princípios. Sobre a temática, COSTA (2013) afirma, ao dispor sobre a colisão de princípios em Alexy, que: “conforme exposto [...] é patente que o conflito de regras acontece na dimensão da validade e a colisão de princípios na dimensão do peso. Desta forma, existirá uma hierarquização dos princípios, tendo como fundamento o caso concreto que se apresentar”. E, assim, deve ser o tratamento dado ao escolher a prevenção e a precaução em detrimento do direito de construir.

SIQUEIRA (2012) ensina que “a restrição do direito de edificar com atendimento da função social da propriedade, abre a necessidade de uma ampla discussão acerca do limite de seu exercício, devendo-se analisar o direito subjetivo e o interesse coletivo”.

A necessidade de abordagem principiológica a respeito do tema tratado no julgado em comento vai de encontro ao princípio da prevenção, uma vez que se tem certeza dos danos ambientais graves a serem sofridos no caso de construção edilícia às margens do Rio Ivinhema, diferentemente do princípio da precaução. O princípio da precaução determina haver, em caso de perigo de dano ambiental, a necessidade de se afastar o risco. Sobre a precaução, ensina ANTUNES (2014) a necessidade de levar em conta os riscos mínimos ao meio ambiente nos casos de incerteza científica acerca da degradação.

Desde o Tratado de Maastrich, quando foi acrescentado o princípio da precaução, este é um princípio dos mais promissores do Direito do Ambiente. Sua adoção expressa foi colocada, em 1987, na Segunda Conferência Internacional sobre a Proteção do Mar do Norte; desde então, segundo CANOTILHO e LEITE (2011), “funciona como uma espécie de princípio *in dubio pro ambiente*”. Se há dúvida sobre o perigo de certa atividade para o ambiente, deve decidir-se em favor do mesmo contra o potencial poluidor.

Mas, no caso concreto, a aplicação do princípio da prevenção é necessária, uma vez que é certo o dano e a reparação é dificultosa. A construção, nos moldes do caso em comento, nas áreas de preservação permanente ripária ou ciliar afronta tutela constitucional do direito a um meio ambiente equilibrado, além de afrontar legislações infraconstitucionais, tais como o Código Florestal de 2012.

Afirmou o Recorrido estar legalmente protegido, pois munido estava de licença concedida pelo IMASUL. Justifica o órgão estar a legalidade baseada na Lei 6.766/79, qual seja, a Lei de Parcelamento do Solo Urbano. Afirmar-se, então, a partir daí, a licença concedida ser eivada de nulidade, uma vez que, como a epígrafe da lei preleciona, trata a mesma de parcelamento do solo urbano, sendo a área de preservação permanente localizada em área rural impedida de sofrer desmembramento ou loteamento.

O artigo 3º da Lei 6.766/79 dispõe somente a admissão do parcelamento do solo “para fins urbanos ou de urbanização específica” e, no

inciso V, Parágrafo Único, a lei dispõe que é vedado o parcelamento em áreas de preservação ecológica, como é o caso da APP ciliar.

O Instituto do Meio Ambiente do Mato Grosso do Sul expediu licença por inobservância à Lei 12.651/2012, além de inobservância ao artigo 225, da Constituição da República. E licença concedida não representa ato legal. Segundo disposto no próprio Recurso Especial 1.245.149/MS, no que diz respeito ao princípio da legalidade, é proibido ao órgão ambiental a criação de direitos de exploração onde a previsão legal é de deveres de preservação.

SILVA (2013), nesse diapasão, entende que a natureza jurídica das APP's não se restringe à imposição do Poder Público, mas é decorrente de sua própria situação, dependente que é de sua qualificação natural. São restrições que o autor ousou chamar de conaturais à existência da vegetação nas condições indicadas.

Ainda há que atentar para o que está disposto no artigo 7º, do Novo Código Florestal, pois, segundo o documento, “a vegetação situada em área de preservação deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título; pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado”. É obrigação, então, do possuidor de tal área a recomposição da vegetação, inclusive se tiver havido supressão da mesma, o que justifica a demolição das construções, o reflorestamento do espaço além da ordem de vedação a novas intervenções. Nesse mesmo sentido, pode-se verificar ementa de acórdão no mesmo STJ, afronta à Lei de Crimes Ambientais por impedimento de regeneração da flora:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ART. 48 DA LEI Nº9.605/98. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ATIPICIDADE. INEXISTÊNCIA. CRIME PERMANENTE. SÚMULA 711. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Ainda que a vegetação tenha sido retirada quando a área não era considerada de preservação ambiental e antes da vigência da Lei do Meio Ambiente, a conduta do Paciente é típica, uma vez que os seus atos no sentido de impedir a regeneração natural da flora estenderam-se no tempo, constantemente violando o bem jurídico tutelado. Inteligência

da Súmula n.º 711 do Supremo Tribunal Federal. 2. Houve claramente a prorrogação do momento consumativo, porquanto o Paciente poderia fazer cessar a atividade delituosa a qualquer momento, bastava retirar a cerca que anexa seu terreno à área pública de preservação invadida quando foi notificado para tanto, e assim não o fez. A conduta narrada, portanto, amolda-se à definição de crime permanente em face da natureza duradoura da consumação, conforme compreendido pela Corte a quo. 3. Em se tratando de crime permanente, o termo inicial do prazo prescricional se dá conforme a vontade do sujeito ativo do delito, que pode fazer cessar a consumação do delito ou não. No caso, reconheceu o acórdão que o paciente impede a regeneração natural da mata onde foram construídos um campo de futebol e uma quadra de vôlei de areia que, certamente, demandam constante manutenção. Dessa forma, não se verifica, no caso, a prescrição da pretensão punitiva estatal.

4. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

5. Habeas corpus denegado. (Grifo Nosso) (BRASIL, STJ, 2012).

É preciso afirmar a respeito do estudo de tal caso concreto, o despreparo de órgãos ambientais para concederem licenças e implementar políticas ambientais. Este despreparo tem reflexo direto na fiscalização de empreendimentos e atividades potencial ou efetivamente poluidoras e na demora na análise dos requerimentos pelos órgãos ambientais.

Mas isso não é desculpa para crer que a inércia de um órgão ambiental em responder os requerimentos implicaria em concordância tácita de ocupação de áreas legalmente protegidas, como quis afirmar o Requerido. Além do mais, não é possível que ato administrativo tenha força suficiente para afastar normas vinculantes federais de salvaguarda de tais espaços, principalmente em tempos de explosão de uma sociedade de risco.

### **3. SOCIEDADE DE RISCO E AFRONTA ÀS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTES**

A racionalidade jurídica na esfera do ambiente ultrapassa o olhar tecnicista, dogmático e monodisciplinar. É necessário confrontar ques-

tões advindas de diversas outras áreas do saber, tendentes à transdisciplinariedade, sendo possível identificar impactos para deles se preservar e construir uma sociedade sustentável.

O surgimento de uma sociedade de risco é o retrato da confirmação das inúmeras ameaças produzidas pelo homem desde o modelo de estado vindo da sociedade industrial. BODNAR (2009) afirma que a chamada sociedade de risco é o resultado ou consequência de um modo de produção maximizada pela busca do lucro que garante o desenvolvimento a qualquer preço. E essa sociedade arrisca situações que acarretam o risco pluridimensional.

Tal sociedade de risco tem características padronizadas de insegurança e imprevisibilidade. O risco é decorrente de um processo de escolhas e decisões presentes, mas causadoras de desastres futuros.

BECK (1997), através de suas contribuições sobre a sociedade de risco, a caracteriza como “fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial”.

MACHADO (2010) quando trata em sua obra sobre o risco ambiental, atenta para a necessidade de proteção baseada em uma sociedade de risco. Afirma que o risco para a qualidade de vida, para a própria vida em si, fauna, flora – meio ambiente na sua integralidade, fora analisado nas leis infraconstitucionais antes da atual Constituição do Brasil e, por isso, ensejou um posicionamento vanguardista dos constituintes de 1988.

Adotou a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, a obrigatoriedade de o Poder Público prevenir, na origem, os problemas associados à poluição e degeneração da natureza; a ação administrativa eficiente capaz de proteger o homem e a biota.

E continua o autor afirmando que:

Se a Constituição não mencionou expressamente o princípio da precaução (que manda prevenir mesmo na incerteza do risco), é inegável que a semente desse princípio está contida no artigo 225, §1º, inciso V e VII ao abrigar à prevenção do risco do dano ambiental.

Depois de constatar a atuação de uma atual sociedade de risco, a mudança de paradigma tornou-se inevitável. Não é mais possível aceitar que, em prol de desenvolvimento a qualquer preço, o meio ambiente aceite os riscos sem responder com catástrofes e desastres ambientais.

A sociedade, antes industrial, tornou-se sociedade de risco pelo fato de conviver diariamente com a possibilidade real e evidente de auto-destruição de todas as formas possíveis de vida no ambiente. Sendo assim, a questão ambiental sofreu influências que foram determinantes para mudança paradigmática, priorizando o legislador o desenvolvimento sustentável.

Ao analisar o Recurso Especial nº 1.245.149/MS, o Relator Ministro Herman Benjamin trata da decisão dada em recurso anterior e afirma, com veemência, a necessidade de proteger as áreas de preservação permanente das matas ciliares.

Segundo o Relator do Acórdão recorrido, a “área de preservação permanente pode ser entendida como aquela merecedora da mais alta escala de proteção ambiental” e, ainda, fortalece o mesmo entendimento ao afirmar que em tais áreas não se admite sequer a exploração limitada dos recursos por ser reconhecida a possibilidade de haver desequilíbrio irreparável ao ecossistema.

Apesar de tal constatação, o mesmo relator acaba dando provimento ao recurso, defendendo que as edificações devem ser mantidas por terem sido decorrentes de prévia licença ambiental concedida pelo IMA-SUL.

Não há exemplo mais claro no Recurso Especial ora analisado de privilégio ao desenvolvimento sem preocupação com a sustentabilidade, o que fortalece a sociedade de risco, constatada a exploração econômica em área salvaguardada por lei federal e pela Carta de 1988.

Além disso, afirma o relator do acórdão dado no TJMS que a desocupação e o reflorestamento da área violariam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que os danos subjetivos seriam imensos com a demolição.

Não há, pois, que se falar em proporcionalidade e razoabilidade quando os princípios em questão, quais sejam, prevenção, precaução e *in dubio pro ambiente*, foram afrontados e o prejuízo ambiental é desmedido, ultrapassando a seara subjetiva, por se tratar de direito difuso.

Segundo Herman Benjamin, “quem destrói ou degrada formações ciliares, ou impede sua regeneração, mais do que atentar contra a flora em si ou corromper a paisagem, condena os recursos hídricos à indigência biogeomorfológica”.

Ora, aquele que causa dano ecológico, que desmata, ocupa ou explora APP, ou impede a regeneração, deve comprometer-se com a obrigação pela restauração em sua plenitude, indenizar o meio ambiente degradado e terceiros afetados. É o que determina a responsabilidade objetiva, guardada na Lei 6.938/81.

A responsabilidade civil de caráter ambiental não foge à regra que a define em outros aspectos. A Constituição de 1988 trata do tema responsabilidade em seu artigo 24 e, ao dispor sobre a competência concorrente entre os entes federados, inclui, em seu inciso VIII, a responsabilidade por dano ambiental. Para SILVA (2013), “a responsabilidade civil é a que impõe ao infrator a obrigação de ressarcir o prejuízo causado por sua conduta ou atividade”. Fundamentar-se-á em contrato ou decorrerá de exigência legal e é identificada seja em ato lícito ou ilícito.

De forma genérica, o Direito Brasileiro, ao tratar de dano ecológico, adota a responsabilidade objetiva. Fundamento jurídico para a adoção se encontra no artigo 225, §3º, da Carta Magna vigente e, anteriormente a tal dispositivo, a Lei 6.938/81, em seu artigo 14, §1º, que dispõe:

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

No caso em comento, ao ser feita a escolha por construção de complexo imobiliário em área proibida, *non aedificandi*, baseada no anti-

go modelo econômico, assumida está a consequente degeneração ambiental futura.

Acontece que a escolha de degradação pelo bem-estar de uma geração presente importa em falta de recursos para as próximas gerações. Aí está um dos desafios da jurisdição presente em prol da sustentabilidade afastando a sociedade de risco.

Na aplicação do direito ambiental, é possível entender MACHADO (2011) quando se lê em seus escritos que:

[...] o Direito Ambiental é visto como um Direito sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica. Não se trata mais de construir um Direito das águas, um Direito da atmosfera, um Direito do solo, um Direito florestal, um Direito da fauna ou um Direito da biodiversidade. O Direito Ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar estes temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito brasileiro, através do texto constitucional vigente e de todas as leis infraconstitucionais pertinentes à análise do Recurso Especial nº 1.245.149/MS, é claro no que diz respeito à proteção ambiental. Verifica-se isso, principalmente, no que abrange áreas conhecidas como de preservação permanente e que acaba, por esse motivo, limitando direitos individuais, como o direito de propriedade.

Durante todo o estudo que se propôs fazer tendo como parâmetro o acórdão do recurso supracitado, através do voto do Relator Ministro Herman Benjamin, pôde ser verificada a busca por um desenvolvimento sustentável (por parte do Relator). Desenvolvimento que não é medido pelo crescimento desordenado, mas respeita a ordem estabelecida pela Constituição da República, como norma macro, em relação ao meio ambiente, disposta em seu texto original.

O meio ambiente natural, tutelado em um primeiro momento por



leis infraconstitucionais, como a Lei de Política do Meio Ambiente, o Código Florestal de 1965, a Lei de Parcelamento do Solo Urbano, tomou contorno constitucional pelo artigo 225 da Carta Magna. Mesmo que o Poder Público se equivoque em atos administrativos eivados de nulidade, a legislação é capaz juntamente com os princípios de atenderem às pretensões às quais se destinam.

O Acórdão que poderia ter sido estudado à luz apenas do direito processual tomou, neste artigo, rumo diverso no momento em que se procurou entender o motivo do desrespeito a várias tutelas legislativas e buscou-se requisitar a promoção de um direito individualista e de cunho econômico, por parte do Recorrido. Acabou tentando, assim, desconsiderar a proteção ampla das matas ciliares para as margens de um rio e para todo o meio ambiente.

O trabalho trata o tempo todo de um direito difuso abarcado pelo Recurso Especial; a proteção do meio ambiente através da tutela das áreas de preservação permanente. Herman Benjamin lembra que no campo ambiental o administrador gerencia “bens de uso comum do povo”, literalmente o previsto na Constituição da República, em seu artigo 225. São bens indisponíveis, inalienáveis e imprescritíveis, segundo afirmou o Relator, e está disposto no atual Código Florestal de 2012.

No que diz respeito à licença ambiental concedida pelo IMASUL, depois de constatada sua nulidade, o Acórdão faz lembrar: “ninguém defende que ao particular é suficiente assegurar a omissão do Administrador para espertamente livrá-lo (e livrar-se) da exigência constitucional e legal de enunciar e revelar às claras os fundamentos jurídicos e técnicos que levam à expedição de licença ou autorização ambiental”.

Diferentemente disso, ficaria aberta a possibilidade para um mercado de improbidades e de corrupção apenas imiscuindo-se de tomar providências.

Nesse sentido, o Acórdão tem como decisão a suspensão do ofício da licença de operação 12/2008, vedação do parcelamento da área de preservação permanente ciliar fundado na Lei 6. 766/79, reparação do dano ambiental causado. Afirmou Benjamin que a decisão fora fundamentada em legislação de progresso humano visível, pois o mesmo homem que necessitou destruir para civilizar, hoje precisa conservar para se afirmar civilizado.

E, nesses moldes de preservação, o Acórdão foi proferido afastando a integralidade, mas sem excluir, o direito de propriedade, quando entendeu a preservação da APP intimamente ligada à demolição das casas construídas às margens do Rio Ivinhema, se sobrepondo aí o direito difuso proposto no artigo 225, da Constituição Federal.

É sabido que todos os cidadãos gozam do direito individual de propriedade afirmado no artigo 5º, da Constituição de 1988, porém, a mesma Constituição determina que todos têm o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e, os moldes capitalistas do artigo 170, em seu inciso VI, esbarram também na defesa do meio ambiente, como dito alhures.

Não há busca por um Estado sustentável sem perda individual objetivando crescimento coletivo. Não há direito de propriedade amplamente resguardado, pois anularia a função social. Não há desenvolvimento a qualquer preço sem danos ambientais.

O paradigma mudou. A decisão prolatada no Acórdão do Recurso Especial 1.245.149/MS constata isso. E a mudança de paradigma envolve a aplicação de leis e princípios ambientais sob um novo entendimento; o entendimento da proteção sem prejuízo do desenvolvimento para afastar a sociedade de risco.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16. ed. São Paulo; Atlas, 2014. p. 1331 – 1366.

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos e. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8643>. Acesso em 12/03/2015.

BRASIL. *Lei 6938 / 81*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm). Acesso em: 23/03/2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

\_\_\_\_\_. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em 23/03/2015

BRASIL.; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 266p.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; BARBOSA, Haroldo Camargo. *Formas de Reparação do Dano Ambiental*. In: *Revista de Ciências Jurídicas – UEM*. Vol.6 n. 02 jul/dez 2008.

COSTA, Beatriz Souza. *Meio ambiente como direito à vida – Brasil, Portugal, Espanha*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010, 128 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil Volume 3*. Edição 2014. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvim de. *Curso de Direito Ambiental*. 6.ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: Do individual ao extrapatrimonial*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa; FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Org.). *Constituição Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RAMMÊ, Rogério Santos. Federalismo Ambiental Cooperativo e o Mínimo Existencial Socioambiental: a multidimensionalidade do bem-estar como fio condutor. In: *Veredas do Direito*, v.10, n.20. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara. Julho/Dezembro. 2013. p. 145-161.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10. Ed. Atual. São Paulo: Malheiros Editores. 2013.

SILVEIRA, Edson Damas. Direitos Fundamentais Indígenas – Movimento Socioambiental e a Formatação do Estado na Modernidade. In: **Veredas do Direito**. Vol 6, n. 12. Jul/dez. de 2009. p. 25-56 .

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.